

**Eine Anwesenheitsprämie zählt mit beim Mindestlohn**

Zahlen Arbeitgeber ihren Beschäftigten eine "Anwesenheitsprämie" als Anreiz, bei kleineren "Wehwehchen" nicht gleich den Arzt aufzusuchen, so zählt dieser Lohnanteil mit bei der Feststellung ob der gesetzliche Mindestlohn (2018: 8,84 € pro Stunde) erreicht ist. Das BAG: Mit der Prämie werde die "Normalleistung der Arbeitnehmer abgegolten".

Quelle: Wolfgang Büser

**Synallagmatisches Verhältnis zwischen Arbeitsleistung und Entgelt als Gegenleistung beim gesetzlichen Mindestlohn; Ermittlung des Differenzanspruchs zwischen gezahlter Vergütung und gesetzlichem Mindestlohn**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 11.10.2017

**Aktenzeichen:** 5 AZR 621/16

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2017, 27934

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

LAG Bremen - 10.08.2016 - AZ: 3 Sa 8/16

ArbG Bremen-Bremerhaven - 05.11.2015 - AZ: 9 Ca 9117/15

**Rechtsgrundlagen:**

BGB § 362 Abs. 1

BGB § 366 Abs. 1

MiLoG § 1 Abs. 1

MiLoG § 1 Abs. 2

MiLoG § 3

**Fundstellen:**

ArbR 2018, 12

ArbRB 2018, 5

AuR 2018, 101

AuUR 2018, 101

BB 2017, 2996

DStR 2018, 205-207

EzA-SD 26/2017, 5

FA 2018, 65

NJW 2018, 1707-1709

NJW-Spezial 2018, 18-19 "Wirksamkeit einer Anwesenheitsprämie"

NZA 2017, 1598-1600

ZTR 2018, 97-98

---

## BAG, 11.10.2017 - 5 AZR 621/16

### Orientierungssatz:

Die Erfüllung des Anspruchs auf den gesetzlichen Mindestlohn durch Sonderzahlungen setzt voraus, dass die für eine geleistete Arbeitsstunde vertraglich vereinbarte Grundvergütung niedriger als der gesetzliche Mindestlohn ( § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG ) ist.

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 11. Oktober 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Volk sowie den ehrenamtlichen Richter Bormann und die ehrenamtliche Richterin Zorn für Recht erkannt:

### Tenor:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 10. August 2016 - 3 Sa 8/16 - aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bremen-Bremerhaven vom 5. November 2015 - 9 Ca 9117/15 - wird zurückgewiesen mit der Maßgabe, dass die in Ziff. 1 ausgeurteilten Zinsen seit dem 7. Mai 2015 und die in Ziff. 2 ausgeurteilten Zinsen seit dem 3. September 2015 zu zahlen sind.
3. Die Beklagte hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

### Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Zahlung einer (restlichen) Anwesenheitsprämie und dabei insbesondere darüber, ob die Beklagte den Anspruch erfüllt hat.
- 2 Die Klägerin ist bei der Beklagten seit dem 19. Mai 1999 auf der Basis einer geringfügigen Beschäftigung tätig. Bis Dezember 2014 erhielt sie einen Stundenlohn von 6,36 Euro brutto sowie eine Anwesenheitsprämie. Diese geht zurück auf ein an ihre Belegschaft gerichtetes Schreiben der Beklagten aus dem Mai 1996, in dem es heißt:

"Liebe Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter,

die Geschäftsleitung beabsichtigt ab 01.01.1996 rückwirkend eine Prämie einzuführen, die die Jahresprämie ersetzt.

Die Anwesenheitsprämie stellt sich wie folgt dar:

Jede/r Mitarbeiter/in (ohne s. Punkt "Ausnahmen") erhält pro Monat eine Prämie von DM 100,00.

Voraussetzung: Jeden Arbeitstag anwesend sein.

Bei 1 - 3 Krankheitstagen reduziert sich die Prämie auf DM 25,00.

Bei mehr als 3 Tagen Krankheit entfällt die Prämie.

Weiterhin gibt es noch eine zusätzliche Quartalsprämie von DM 100,00.

Voraussetzung: Alle 3 Monate jeden Arbeitstag anwesend sein.

Bei bereits einem Krankheitstag in dem Quartal entfällt diese Prämie."

- 3** In einer Betriebsvereinbarung vom 12./20. April 2007 (BV 2007) vereinbarten die Beklagte und der in ihrem Betrieb errichtete Betriebsrat unter B. V.:

"Die bestehenden Regelungen zur Gewährung einer Anwesenheitsprämie (Monats- sowie Quartalsprämie) bleiben bestehen."

- 4** Am 31. Oktober 2014 schlossen die Parteien einen "Nachtrag III zum Anstellungsvertrag vom 19.05.1999 für eine geringfügig entlohnte Beschäftigung (450 €-Kräfte)" (AV 2014), in dem es ua. heißt:

"Zu § 3 Arbeitszeit und Vergütung

Der Mitarbeiter arbeitet max. 40 Zeitstunden pro Monat, zurzeit zwei Tage/Woche, Montag und Donnerstag.

Die Vergütung beträgt bis zum 31.12.2014 EUR 6,36 brutto pro Zeitstunde. Ab dem 01.01.2015 beträgt die Vergütung in Anlehnung an das Mindestlohngesetz EUR 8,50 brutto pro Zeitstunde. Sollte sich der Mindestlohn je Zeitstunde per Gesetz erhöhen, so bedarf es keinem Nachtrag und ersetzt automatisch den Vorherigen."

- 5** Ab Februar 2015 zahlte die Beklagte der Klägerin für geleistete Arbeitsstunden 8,50 Euro brutto. In den Lohnabrechnungen für Februar und März 2015 ist unter Lohnart 090 und der Bezeichnung "Mindestlohn", in denen ab April 2015 unter Lohnart 041 und der Bezeichnung "Pauschalloon (Std.)" der sich aus der Multiplikation der Arbeitsstunden mit dem Faktor 8,50 ergebende Betrag errechnet und unter Lohnart 091 und der Bezeichnung "\*davon Anw.prämie" ein bestimmter Eurobetrag festgehalten. Für Februar 2015 sind dies 13,08 Euro brutto, für März 2015 11,94 Euro brutto, für April 2015 24,02 Euro brutto und für Mai 2015 11,59 Euro brutto.

- 6** Mit ihrer Klage hat die Klägerin zuletzt noch die in den Lohnabrechnungen als "\*davon Anw.prämie" gekennzeichneten Beträge gefordert und geltend gemacht, ihr stehe die Anwesenheitsprämie ungeschmälert neben dem Mindestlohn zu.

- 7** Die Klägerin hat sinngemäß beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 60,63 Euro brutto nebst Prozesszinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 13,08 Euro und weiteren 47,55 Euro seit der jeweiligen Rechtshängigkeit zu zahlen.

- 8 Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, sie habe die Anwesenheitsprämie (teilweise) auf den Mindestlohn anrechnen dürfen.
- 9 Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Mit der Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

### Entscheidungsgründe

- 10 Die Revision der Klägerin ist im Wesentlichen begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht der Berufung der Beklagten entsprochen. Die Klage ist zulässig und begründet, das Urteil des Arbeitsgerichts bedarf nur in der Zinsentscheidung einer geringfügigen Korrektur.
- 11 I. Die Klage ist zulässig, insbesondere liegt entgegen der Auffassung der Beklagten keine in der Revisionsinstanz grundsätzlich unzulässige Klageänderung (dazu BAG 27. April 2017 - 6 AZR 119/16 - Rn. 55) vor.
- 12 1. Streitgegenstand war schon in den Vorinstanzen nach Klageantrag und Klagegrund primär die Zahlung der (restlichen) Anwesenheitsprämie für den Streitzeitraum. Den bezifferten Klageantrag hat die Klägerin aus den in den Lohnabrechnungen der Beklagten mit "davon Anw.prämie" festgehalten Eurobeträgen errechnet. Ihr Zahlungsverlangen stützt sie darauf, die Anwesenheitsprämie sei in voller Höhe zusätzlich zu dem im AV 2014 vereinbarten Stundenlohn zu zahlen. Davon sind auch beide Vorinstanzen - allerdings ohne Auseinandersetzung mit dem Streitgegenstand - ausgegangen.
- 13 2. Lediglich hilfsweise für den Fall, dass die Klägerin mit ihrem Begehren nicht durchdringt, weil das Gericht in der Bezeichnung "davon Anw.prämie" eine wirksame Tilgungsbestimmung sieht und ein Erlöschen des Anspruchs durch Erfüllung ( § 362 Abs. 1 BGB ) annimmt, stützt sie ihr Klagebegehren auf das Mindestlohngesetz iVm. § 3 Abs. 2 AV 2014.
- 14 3. Prozessual ist der Antrag der Klägerin daher auszulegen als Hauptantrag auf Zahlung von 60,63 Euro brutto als restliche Anwesenheitsprämie für den streitgegenständlichen Zeitraum, verbunden mit einem Hilfsantrag auf Zahlung desselben Betrags als restlichen Mindestlohn.
- 15 II. Die Klage ist bereits mit dem Hauptantrag begründet.
- 16 1. Die Klägerin hat nach B. V. BV 2007 Anspruch auf eine Anwesenheitsprämie, die sich nach den Bedingungen des als Gesamtzusage (zu deren Voraussetzungen vgl. BAG 22. März 2017 - 5 AZR 424/16 - Rn. 13 mwN) zu wertenden Schreibens der Beklagten aus Mai 1996 errechnet und dessen Höhe für den streitgegenständlichen Zeitraum insgesamt dem eingeklagten Betrag entspricht.
- 17 2. Die Beklagte hat den Anspruch der Klägerin auf Anwesenheitsprämie nicht durch "Anrechnung" erfüllt.
- 18 a) Im Ansatz zutreffend geht die Beklagte davon aus, dass eine vom Arbeitgeber gewährte Sonderzahlung dergestalt mindestlohnwirksam sein kann, dass sie den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn (mit-)erfüllt (vgl. BAG 24. Mai 2017 - 5 AZR 431/16 - Rn. 15 ff.).
- 19 aa) Weil der Mindestlohn nach § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG "je Zeitstunde" festgesetzt ist und das Gesetz den Anspruch nicht von der zeitlichen Lage der Arbeit oder den mit der Arbeitsleistung verbundenen Umständen oder Erfolgen abhängig macht, sind mindestlohnwirksam alle im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachten Entgeltzahlungen mit Ausnahme der Zahlungen, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung beruhen ( BAG 25. Mai 2016 - 5 AZR 135/16 - Rn. 30 ff., BAGE 155, 202; 21. Dezember 2016 - 5 AZR 374/16

- Rn. 23 f., BAGE 157, 356; zum Streitstand zwischen "Entgelttheorie" und "Normalleistungstheorie" im Schrifttum vgl. nur - jeweils mwN - Riechert/Nimmerjahn Mindestlohngesetz 2. Aufl. § 1 Rn. 106 ff.; MüKoBGB/Müller-Glöge 7. Aufl. § 1 MiLoG Rn. 22 f.).

- 20** bb) Danach kann eine Anwesenheitsprämie wie die streitgegenständliche mindestlohnwirksam sein. Diese gewährt die Beklagte nicht nur für die bloße Anwesenheit im Betrieb, sondern - wie die Staffe lung nach Krankheitstagen belegt - dafür, dass die Beschäftigten eine Arbeitsleistung erbringen. Die Prämie soll einen finanziellen Anreiz geben, auch bei (geringfügigen) gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu arbeiten und sich nicht krankschreiben zu lassen.
- 21** b) Doch setzt die "Anrechnung" von Sonderzahlungen auf den gesetzlichen Mindestlohn voraus, dass die für eine geleistete Arbeitsstunde vertraglich vereinbarte Grundvergütung nicht ausreicht, den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn zu erfüllen. Nur in diesem Falle entsteht nach § 3 MiLoG ein Differenzanspruch (zu diesem BAG 21. Dezember 2016 - 5 AZR 374/16 - Rn. 16 mwN, BAGE 157, 356), der mit mindestlohnwirksamen Sonderzahlungen erfüllt werden kann. Ist indes die vertraglich oder normativ geschuldete Grundvergütung mindestens so hoch wie der gesetzliche Mindestlohn, bleibt für die "Anrechnung" einer Sonderzahlung auf diesen kein Raum. Die Sonderzahlung ist in diesem Fall neben der Grundvergütung zu zahlen.
- 22** c) Im Streitfall beträgt nach § 3 Abs. 2 AV 2014 der arbeitsvertraglich geschuldete Stundenlohn ab dem 1. Januar 2015 8,50 Euro brutto und entspricht damit in der Höhe dem gesetzlichen Mindestlohn. Weil kein Differenzanspruch besteht, scheidet eine "Anrechnung" der Anwesenheitsprämie auf diesen aus.
- 23** d) Die Beklagte war auch nicht aufgrund der getroffenen Vereinbarungen berechtigt, die Anwesenheitsprämie mit der Grundvergütung zu "verrechnen". Die Anwesenheitsprämie stellt einen selbständigen Entgeltbestandteil dar, der von der Beklagten neben der vertraglichen Grundvergütung zu zahlen ist.
- 24** aa) Eine ausdrückliche Vereinbarung über die Verrechnung der Anwesenheitsprämie mit der im AV 2014 enthaltenen Stundenvergütung haben die Parteien nicht getroffen.
- 25** bb) § 3 Abs. 2 AV 2014 ist auch nicht dahingehend auszulegen, dass die Beklagte zu einer "Verrechnung" der Anwesenheitsprämie mit der vertraglich vereinbarten Stundenvergütung berechtigt ist.
- 26** (1) Bei den Klauseln des AV 2014 handelt es sich schon nach dem äußeren Erscheinungsbild um Allgemeine Geschäftsbedingungen ( § 305 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB ). Diese sind - ausgehend vom Vertragswortlaut - nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von rechtsunkundigen, verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind (st. Rspr., zB BAG 26. Oktober 2016 - 5 AZR 456/15 - Rn. 18, BAGE 157, 97). Weil die Auslegung der uneingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt, kann dieses - wie vorliegend - bei unterbliebener Auslegung durch das Berufungsgericht die Auslegung selbst vornehmen.
- 27** (2) Zum Zeitpunkt des Abschlusses des AV 2014 erhielten bei der Beklagten geringfügig Beschäftigte ("450 €-Kräfte") einen vertraglich vereinbarten Bruttostundenlohn und eine auf eine Gesamtzusage zurückgehende, durch Betriebsvereinbarung "abgesicherte" Anwesenheitsprämie. Nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 2 AV 2014 soll der bisherige vertragliche Bruttostundenlohn von 6,36 Euro ab dem 1. Januar 2015 "in Anlehnung an das Mindestlohngesetz" auf 8,50 Euro angehoben und zukünftig bei Erhöhungen des gesetzlichen Mindestlohns entsprechend angepasst werden. Dass die außerhalb des Arbeitsvertrags geregelte Anwesenheitsprämie durch die ab dem Jahresbeginn 2015 wirksam werdende Lohnerhöhung in irgendeiner Weise betroffen sein soll, lässt sich dem Wortlaut der Klausel nicht entnehmen.

- 28** (3) Ein durchschnittlicher, rechtsunkundiger und bei der Beklagten geringfügig beschäftigter Arbeitnehmer kann und darf die Klausel so verstehen, dass sein Arbeitgeber ab 1. Januar 2015 - gezwungen durch das Mindestlohngesetz - den arbeitsvertraglichen Bruttostundenlohn auf das jeweilige "gesetzliche Niveau" anhebt, außerhalb der Klausel angesiedelte Leistungen, die zudem mit dem Betriebsrat vereinbart worden sind, aber unverändert weitergewährt werden. Wäre dies nicht gewollt gewesen, hätte ein redlicher Klauselverwender klargestellt, dass die Erhöhung des vertraglichen Stundenlohns mit einer Verrechnung der Anwesenheitsprämie einhergehen wird bzw. er sich eine Anrechnung der Anwesenheitsprämie auf die Lohnerhöhung vorbehält (ähnlich zur Anrechnung einer Tariflohnerhöhung auf eine übertarifliche Vergütung: BAG 23. September 2009 - 5 AZR 973/08 - Rn. 21 mwN; 3. September 2014 - 5 AZR 109/13 - Rn. 12, BAGE 149, 78).
- 29** 3. Die Beklagte hat den Anspruch der Klägerin auf Anwesenheitsprämie auch nicht durch Zahlung erfüllt.
- 30** Sie hat der Klägerin für die streitgegenständlichen Monate für geleistete Arbeit jeweils den in § 3 Abs. 2 AV 2014 vereinbarten vertraglichen Stundenlohn gezahlt. Das belegt die auch in der vorgenannten Klausel verwandte Bezeichnung "Mindestlohn" in den Lohnabrechnungen. Mit diesen Zahlungen sollte zwar - wie der Hinweis "\*davon Anw.prämie" zeigt - zugleich der Anspruch der Klägerin auf die Anwesenheitsprämie getilgt werden. Dafür reichte indes der gewährte Betrag nicht aus. Die mit den Lohnabrechnungen getroffene Tilgungsbestimmung ( § 366 Abs. 1 BGB ) ist dahingehend auszulegen, dass mit dem Gezahlten jedenfalls und zuerst der Anspruch der Klägerin aus § 3 Abs. 2 AV 2014 erfüllt werden sollte (zur Auslegung einer Tilgungsbestimmung BAG 10. Juli 2013 - 10 AZR 777/12 - Rn. 22 f.), zumal die Beklagte den Anspruch der Klägerin auf Anwesenheitsprämie nicht durch eine eigenständige Zahlung, sondern nur durch eine "Anrechnung" miterfüllen wollte.
- 31** 4. Die Klageforderung ist nicht, auch nicht teilweise, nach der zweistufigen arbeitsvertraglichen Ausschlussfristenregelung (§ 14 AV 2014) verfallen.
- 32** Unabhängig von der im Schrifttum kontrovers diskutierten, vom Senat noch nicht entschiedenen Frage, ob eine Ausschlussfristenregelung, die den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn nicht ausnimmt, insgesamt oder nur hinsichtlich des gesetzlichen Mindestlohns ("insoweit") unwirksam ist (zum Streitstand im Schrifttum sh. zuletzt Sagan RdA 2017, 264; zu arbeitsvertraglichen Ausschlussfristen bei einem entsenderechtlichen Mindestentgelt BAG 24. August 2016 - 5 AZR 703/15 - BAGE 156, 150 [BAG 24.08.2016 - 5 AZR 703/15] ), ist die Klausel jedenfalls nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Die Vereinbarung einer Zwei-Monats-Frist auf beiden Stufen benachteiligt die Klägerin entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (vgl. BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 - BAGE 115, 19; 28. September 2005 - 5 AZR 52/05 - BAGE 116, 66, seither st. Rspr.).
- 33** 5. Der Anspruch der Klägerin auf Prozesszinsen folgt aus §§ 291 , 288 Abs. 1 Satz 2 BGB . Rechtshängigkeit ist jeweils mit Zustellung der Klageerweiterungen eingetreten, § 261 Abs. 2 ZPO . Erst ab dem Tag danach beginnt für die jeweils anhängig gemachten Beträge die Verzinsung (vgl. BAG 19. August 2015 - 5 AZR 1000/13 - Rn. 30, BAGE 152, 221). Insoweit ist die Zinsentscheidung des Arbeitsgerichts zu korrigieren.
- 34** III. Die Beklagte hat nach § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

---

Koch  
Biebl  
Volk  
Zorn  
Bormann

Hinweise des Senats:

Führende Entscheidung zu einer weiteren Parallelsache

Weiterführender Hinweis:

Zur Mindestlohnwirksamkeit von Sonderzahlungen, vgl. zB BAG 24. Mai 2017 - 5 AZR 431/16 - Rn. 15 ff.  
mwN

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.